
山口教授の2つの覚書の分析

三代川 邦 夫

序

第一章 不真正不作為犯に関する覚書

第一節 同時犯

第二節 誤った同時犯

第三節 狹隘路からの脱出

第二章 過失犯に関する覚書

第一節 過失犯における結果回避義務

第二節 山口過失犯論の問題点

第三節 狹隘路からの脱出

跋

序

一 2つの覚書

手許に2つの覚書がある。ひとつは、山口厚の「不真正不作為犯に関する覚書」¹⁾であり、いまひとつは「過失犯の覚書」²⁾である。

この2つの覚書は、重要な問題を取り扱っているという点で共通点が見出されるものの、同時に、片方は純理論的な問題意識に基づいているのに対し、も

1) 『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』(判例タイムズ社・2006) 22 頁。

2) 渥美東洋先生古稀記念『犯罪の多角的検討』(有斐閣・2006) 45 頁。

う片方は実務的な問題意識に基づいているという相違点を見出すこともできる。

実務的な問題意識に基づく論稿として想起されるのは、共謀共同正犯論についての平野龍一の指摘である。曰く、共謀共同正犯否定説につき、共謀共同正犯が判例に採り入れられた直後は、それを改めさせる実践的意味があったかもしれないが、「現在では、もはやそういう効果はほとんど期待できない。解釈論で若干その範囲を狭くすることはできるかもしれないが、それも限られている。それ以上のことは立法によるほかないであろう。それにもかかわらず、ただ反対だというだけで、どの程度まで解釈によって限定できるであろうかという見込みも示さず、立法による修正にも反対する人が多いのは、わが国の法律学の弊のあらわれにほかならない」³⁾と。これを受けてか、おそらく現在は、共謀共同正犯概念を認めたうえで、それを理論的に統御しようとする発想が趨勢である⁴⁾。

翻ってわが国の議論状況をみてみると、不作為犯に関しては、学説の趨勢に親和的な判例も登場している（最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁＝シヤクティ事件）。これに対し、過失犯に関しては、学説との関係は必ずしも明らかではない⁵⁾。したがって、不作為犯に関しては、従来の学説の展開を踏まえつつ、さらにそれを押し進めることが求められるのに対し、過失犯に関しては、もはや注意義務という概念を無視して議論をするのは適切とは言い難いであろう。

この2本の覚書も、基本的にはそのような方向で書かれているため、不作為犯と過失犯を考える際の出発点として、有用であると思われる。同時に、これらの覚書はいずれも、従来の山口刑法学の変遷の端緒となっている、という点

3) 平野龍一『刑法の基礎』（東京大学出版会・1966）248頁以下〔初出：「刑法における理論の役割」『講座現代法15』（岩波書店・1966）〕。

4) 枚挙に暇がないものの、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2011）〔初出：「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集（上）』（1990）〕はその試みの代表例であり、また歴史的に共謀共同正犯論を紐解く近時の研究として、黄士軒「共謀共同正犯理論の形成に関する一考察：旧刑法時代の大審院判例における共同正犯を中心に（1）（2・完）」法協129巻11号（2012）2715頁・12号（2012）2958頁参照。

5) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013）294頁参照。

でもまた重要な意義がある。つまり、理論と実務が交錯しあう複雑な論点について、その複雑性を反映しながら一撃を加えた論稿といえる。したがって、この2本の覚書を補助線としながら、不作為犯および過失犯を分析することが、適切だといえよう。

二 分析の手順

本稿は、理論と実務とが交錯する論点を、この論点に対峙して自説を変遷させた山口の論稿を補助線とする。したがって、覚書が上梓された時点の山口説をなぞるだけでは足りず、通時的な山口説の変遷をも踏まえる必要がある。つまり、不作為犯および過失犯という問題につき、何をみて何を考えどのように自説を変遷させたのか、という点を分析することなしに、これらの問題の本質を射抜くことは不可能である。したがって、適宜、山口厚の著作も併せて参照することにしたい。なお、本稿では、『問題探究刑法総論』（有斐閣・1998）を「問題探究」、『刑法総論』（有斐閣・初版・2003、第2版・2007、第3版・2016）を「総論初版／2版／3版」、『新判例から見た刑法』（有斐閣・初版・2006、第2版・2008、第3版・2015）、を「新判例初版／2版／3版」と略記する。

第一章 不真正不作為犯に関する覚書

第一節 同 時 犯

第一款 同時犯という鍵

山口の作為義務の発生根拠につき、総論初版から大きな変遷がある。総論初版では、排他的支配に加え、先行行為による危険創出または被害者との特別な依存関係を要求する支配領域性説⁶⁾が支持されていた（84頁以下参照）。しかし、覚書では、結果原因支配説へと改説している（30頁以下参照）。

一見すると、支配の対象を“因果経過”から“結果惹起の原因”へと微修正しただけのように見えるが、そうではない。後に見るように、ここを突破口と

して、山口刑法体系は大幅に変更された。どのように変更されたのかは後述するとして、なぜ変更したのだろうか。不作為犯における作為義務発生根拠についての立場を、なぜ改める必要があったのだろうか。

この変遷の鍵を握るのは、同時犯 *Nebentäterschaft* という概念である⁷⁾（ただし、後述するように、端的にいうと誤訳⁸⁾と思われ、「並行犯」「並列犯」などと訳すべきである）。同時犯とは、複数の者が、共同正犯者でないにもかかわらず、同じ結果を惹起する場合をいう⁹⁾。松宮孝明がいみじくも指摘するように、「単独犯が並列する^{neben}という意味であって、文字通り同時に犯行が行われるというわけではない」〔ルビ引用者〕¹⁰⁾。たとえば、母親 X と娘 Y が、父親 V を、相互に無関係に、独立の行為によって殺したような場合である。X と Y とが、別々の場所から V を狙撃する場合は、例としては分かりやすいだろう。この場合、条件関係についての仮定的消去法（あればこれなし）に拠ると、X

6) 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2010）178 頁以下〔初出：「不作為犯論」法セミ 383 号（1986）、後に芝原ほか（編）『刑法理論の現代的展開 総論 I』（日本評論社・1988）所収〕参照。厳密には、西田の見解とは異なる。西田は、自己の意思に基づき排他的支配を獲得した場合と自己の意思によらずに排他的支配を獲得した場合とに区別し、前者の場合にはそのまま作為義務を認めてよいとするのに対し、後者の場合は先行行為による危険創出か保護の引受けを不作為犯成立のために必要であるとした。山口は、このうち、後者のみを採り、前者は作為義務を基礎づけえないと考えていた。

7) 覚書 28 頁以下参照。

8) この訳語がいつから使われ始めたのかは、定かではないが、相当昔から使われていたようである。

9) Vgl. Heine/Weiße, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 25, Rn.104; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.2, 2003, § 25 Rn.265. もう少し正確に言えば、①複数人いること、②共同正犯の関係に立たないこと、③同じ結果を惹起する＝既遂正犯として両者に帰属すること、のほかに、④一方の行為が他方の行為に介在していないこと、も必要であると解される。というのも、④の要素を抜いてしまうと、正犯の背後の正犯の事案も同時犯に含まれてしまうが、それは同時犯の事例だと考えるべきではないように思われるからである。なお、大阪南港事件については、素直に考えると、第三者の行為が介在しているため、択一的競合の事案ではないはずだが、これを択一的競合の事案であるとして条件関係を認める学説がある（島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』〔東京大学出版会・2002〕402 頁参照）。これにより、遡及禁止が働かず、第一行為者は既遂正犯の罪責を負うことになるが、そこで掲げられているように、大阪南港事件を念頭に置いた議論である。

10) 松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（成文堂・2009）264 頁。

の行為がなくとも Y が V を殺している以上は、X の行為と V の死との間に条件関係が認められず、Y にも同様に条件関係が認められない¹¹⁾。そこで、X と Y の行為の双方を取り除けば、V の死という結果は生じないという理由により条件関係を認める、共除公式¹²⁾が登場する。しかし、結論の妥当性を確保するためだけに、前提を恣意的に操作しているにすぎず、これでは説明になっていない。そこで、“行為と結果との間に、自然法則的な結びつきがある”ことをもって条件関係を肯定する合法則的条件関係公式を採用する見解¹³⁾が、近時は増えている¹⁴⁾。以上の議論から窺えるように、同時犯としてあげられている事例は、要するに択一的競合の事例である。山口も、総論初版の時点では、この場合に既遂正犯の罪責を認めていなかったが(50頁以下参照)、総論2版では、合法則的条件関係説を支持し、択一的競合においても既遂正犯の罪責を認めるに至っている(54頁参照)。

山口によれば、このように、同時犯＝択一的競合において既遂正犯の罪責を認めるとなると、同様の帰結は不作為犯においても認められねばならない。たとえば、嬰兒を養育している両親の片方である母親 X が、嬰兒 V の面倒を見ずに殺意をもって死なせた場合、X には作為義務が認められ、不作為による殺人となる。しかし、同様に、父親 Y も、不作為による殺人となる。X・Y の間に意思連絡がなく、共同正犯が成立しない場合であっても、である。このように、X と Y は、不作為による殺人の同時犯となるはずであるが、X にも Y にも排他的支配は認められない。なぜなら、X からみれば Y という救護可能者が、Y からみれば X という救護可能者が居るからである。山口は、このように問題提起し、排他的支配は、そもそも作為義務を基礎づけない、と主張

11) この帰結を承認するものとして、堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣・2004) 67頁、総論初版 50 頁以下参照。

12) 平野龍一『刑法総論 I』(有斐閣・1972) 138 頁参照。

13) わが国では、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(成文堂・1984)、林陽一『刑法における因果関係理論』(成文堂・2000)、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』(弘文堂・2003) 参照。

14) ドイツでは通説的地位を占めている (Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.1, 2006, § 11 Rn.15)。

した¹⁵⁾。

このように、不作為犯における同時犯が突破口となり、山口の刑法体系が全体として変容していくことになる。

第二款 結果惹起原因の支配

山口は、排他的支配説を放棄し、結果原因支配説を主張するに至る。結果原因支配説の内容自体は、本稿との関係でそこまで重要ではないので、簡潔に言及するにとどめたい。

この結果惹起原因の支配という発想は、Bernd Schünemann の議論に触発されたものと推測できる。Schünemann は、不作為犯における保障人的地位の基準は、結果原因の支配（Herrschaft über den Grund des Erfolgs）に求められるべきであると主張した¹⁶⁾。Schünemann は、作為と不作為の同価値性という問題につき、作為犯においては行為支配が通常は認められることから、不作為犯においても、この行為支配と同様に結果原因に対する支配がある場合には、作為犯との同価値性が認められると考えた。この結果原因支配は、法益の脆弱性（Hilflosigkeit des Rechtsgutes）に対する支配と危険源（Gefahrenherd）の支配とに分節化される。

山口の議論も、基本的にはこの Schünemann の議論に沿うものといえる。叙上のとおり、本稿との関係で重要なのは、結果原因支配説の中身ではなく、その位置づけである。そこで、この枠組みがいかなる意味を持っているのかという点を、次款で検討しよう。

第三款 結果原因支配と正犯性

山口は、同時犯を軸とする排他的支配説批判において、もうひとつ重要な指摘をしている。それは、不作為による共犯の場面では、排他的支配は認められ

15) 覚書 28 頁以下および 35 頁注 17 の事例参照。

16) Vgl. Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S.234ff.; ders., Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 (1984), S.287ff.

ない、という点である¹⁷⁾。不作為による共犯において、可罰性を認めるためには、作為義務が必要である。しかし、作為義務の発生根拠が排他的支配に求められるとなると、排他的支配説は窮地に陥る。共犯者が、事象に対する排他的支配を獲得することはないからである。

このように考えると、仮に排他的支配を要件にするとしても、それは不作為正犯にのみ妥当する要件であり、不作為共犯に妥当する要件ではないように思われる。となると、排他的支配は、不作為犯一般に関する要件ではなく、不作為正犯の要件、つまり正犯性の要件であると考えの方がすっきりする。排他的支配説の論者は、作為犯では事象の因果経過を掌中に収めているのに対し、不作為犯では典型的にそのような事情が認められない、という不作為犯の特徴を重視していた¹⁸⁾。しかし、作為犯といっても、作為共犯の場合は、事象の因果経過を掌中に収めていないのだから、そもそも排他的支配説は出発点において、正犯性の問題と作為義務の問題とを取り違えていたのではないか、という疑問が生ずる。このようにして、島田聡一郎は、排他的支配は正犯性要件であると指摘した¹⁹⁾。先の Schünemann の議論においても、作為犯における行為支配が念頭に置かれている時点で、排他的支配なり結果原因支配が正犯性とかかわっていることが窺える。

そうすると、結果原因支配を作為義務の要件であると考えた山口からすれば、結果原因支配は、作為義務の要件であると同時に正犯性の要件である、と考えることになる。ゆえに、正犯性の判断基準も、遡及禁止論から結果原因支配説へと変化することになる²⁰⁾。

第四款 不作為による共犯という狭隘路

以上のように、山口は、同時犯を軸として、作為義務や正犯性の基準を変更してきた²¹⁾。

しかし、以上のような改説が行き詰まるであろう問題がある。それは、不作為

17) 覚書 29 頁以下参照。

18) 西田・前掲注 6) 178 頁参照。

19) 島田聡一郎「不作為犯」法教 263 号 (2002) 114 頁以下参照。

為による共犯である。結果原因支配が作為義務の根拠であり、かつ正犯性の基準であるとする、不作為による共犯はどうなるのだろうか。作為義務を認めるためには、結果原因支配が必要であるが、結果原因支配を獲得すると、正犯と評価されることになってしまい、論理的に不作為による共犯が成立しなくなる。

そこで、総論の不作為による共犯の箇所を紐解くと、以下のように記述されている。総論2版では、不作為による共犯の場合にも保障人的地位が必要であるとしつつ「単独犯における保障人的地位を肯定するために必要な状況に準じた（しかし、それよりも緩やかで足りる）状況が必要となる」²²⁾〔傍点引用者〕と述べられており、総論3版ではさらに「作為義務を認めるためには……（結果原因の支配）に準じた、正犯の実行の阻止が被告人に委ねられているといった状況が必要となろう」²³⁾と明言されている。これにより、共犯における作為義

20) 総論初版64頁以下および総論2版67頁以下参照。その反射的效果として、因果関係と正犯性とを同列に論じていた総論初版の立場（64頁参照）は改められることになる。総論初版では、行為者の行為後に第三者の行為が介在した場合が、因果関係の問題なのか正犯性の問題なのかという点につき、因果関係も正犯性も結局のところは同じ基準によって判断されるべきであるとし、両者を統一した。このような発想は、以前からその萌芽を垣間見ることはできたものの（山口厚「判批」ジュリ1042号〔1994〕85頁以下、問題探究28頁以下参照）、ここまではっきりと明言したのは総論初版が初めてであり、このような示唆を与えたのは、島田・前掲注9）であったと推察される。小林憲太郎が指摘するように、正犯性で問題とされている要素を、因果関係論との関係で精緻な分析をした点が、おそらく島田のこの論稿の白眉であろう（島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔初版〕』〔有斐閣・2009〕15頁参照）。そして、この論稿の結論は、正犯性で考慮されている要素も因果関係で考慮されている要素も、実は同じだ、というものであり、そこにこそ学術的意義がある。それを受けてか、総論初版では、判断基準として遡及禁止論が主張されていた（基本的には、*Reinhard Frank*, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., 1931, S.141f. と同旨であろう）。しかしながら、総論2版では、正犯性という独立の節が設けられ、叙上のような事例の問題も因果関係の問題ではなく正犯性の問題であると明言され、大幅に変更されることになった（67頁以下参照）。

21) この影響が波及している論点としては、原因において自由な行為や同意傷害などがある。

22) 総論2版362頁。

23) 総論3版390頁。

務としては結果原因支配までは要求されない結果、不作為による共犯が成立する余地が残ることになる。しかし、なぜ「準じた」ものでよいのかは、明らかでない。

これはおそらく、結果原因支配が作為義務の要件であると同時に、正犯性の要件であると解したために、共犯において結果原因支配を要求できなくなったためであろう。しかし、今度は逆に、「正犯の実行の阻止が被告人に委ねられている」ことをもって、なぜ作為義務とすることができるのか、という疑問が生ずる。作為義務の発生根拠は、正犯と共犯とで相違ないはずである²⁴⁾。もちろん、具体的事案における義務の内容は、正犯と共犯とで相違しうる。しかし、義務の発生根拠は同一のはずである。

第二節 誤った同時犯

以上の議論が行き詰った原因はどこにあるのか。山口の推論自体は、淀みない。推論に誤りがないのであれば、誤謬の原因はただひとつである。それは、出発点にある。

先に挙げた、両親が嬰兒を放置した事例は、そもそも同時犯の事例なのだろうか²⁵⁾。同時犯＝択一的競合は、片方の行為を取り除いても、もう片方の行為により結果惹起がなされてしまう場合である。そうであるからこそ、条件関係の存否が問題となるのである。両親 X・Y が嬰兒を放置した事例において、片方 X の行為＝不作為を取り除くということは、X が嬰兒を救護するということであるから、もう片方 Y の行為＝不作為があったとしても、嬰兒は救われるため結果惹起はなされない。この事例は、一方の行為（不作為）のみで結果惹起がなされる同時犯＝択一的競合の事例ではなく、一方の行為（不作為）のみでは結果惹起がなされないが両方の行為（不作為）が合わさることによって初めて結果惹起がなされる重疊的因果関係の事例である。

24) 島田聡一郎「不作為による共犯(2・完)」立教法学 65 号(2004) 221 頁以下参照。

25) 小林憲太郎「不作為犯論」西田典之＝山口厚〔編〕『刑法の争点』(有斐閣・2007) 19 頁参照。

つまり、重疊的因果関係の事例を同時犯＝択一的競合の事例として捉え、作為義務と正犯性の問題を展開してしまった点にこそ、問題の根源があるようにみえる。

第三節 狹隘路からの脱出

では、本来はどのように考えるべきだったのだろうか。排他的支配説には、叙上のとおり、排他的支配は正犯性の要件であって不作為犯の要件ではないという問題がある。したがって、排他的支配説を放棄したこと自体は、妥当である。問題は、その先である。解決の糸口は、実は足元に潜んでいた。

山口は、先の不作為犯の論稿において、「法益侵害の過程は危険の創出→増大→結果への実現と把握することができるが、不作為との関係で理解すると、これは、さらに、不適切な措置によって、潜在的な危険源から危険が創出・増大し、それが結果へと実現する場合、侵害されやすい法益の脆弱性が顕在化し、侵害の危険が増大して、それが結果へと実現する場合に分けられる」²⁶⁾と述べていた。後半で言及されているこの両事例類型は、単なる事実的な区別にすぎないから、不作為犯の成否を巡る指導原理としては、重要ではない²⁷⁾。むしろ、前半で言及している危険創出→実現という点こそが、重要である。つまり、行為者に一定の義務＝結果回避義務と称してもよいが＝を負わせるための根拠として、広く承認されているものは、他害の禁止である²⁸⁾。それゆえにこそ、作為犯においては危険の創出および実現が禁止されているのであり、不作為犯においても、同様に危険創出・増加が注目されるのである。そうであれば、法益侵害に至る危険の創出をもって、作為義務（結果実現阻止義務＝結果回避義務）の根拠とするのが、理論的にはすっきりとするのではないだろうか。

このようにして、作為義務＝結果実現阻止義務の発生根拠は、危険創出に求

26) 覚書 31 頁。

27) もちろん、下位基準や中間項としては、意味を認めうる。

28) cf. J.S. Mill, on Liberty, 1859; 小林憲太郎「不作為による関与」判時 2249 号（2015）4 頁参照。

めるべきであり、かつ、これは不作為正犯においても不作為共犯においても同様に要求される要件であると、理論的には考えるべきではないだろうか。

第二章 過失犯に関する覚書

こちらの覚書の「一 はじめに一過失犯の構造的理解」を読み進めていくと、気になる記述がある。それは、「結果回避義務とは、結果回避に向けられた義務ではあるが、(法益侵害惹起の認識・予見のある行為を処罰の対象とする故意犯の場合とは異なり)結果惹起以外の目的で遂行される行為について、行為時においてその内容を捉えるとき、結果惹起の危険性を(結果が生じることが通常ありえないと解される程度までに)減少させる義務であると理解することができる」という記述である(48頁以下)。結果回避義務は、故意犯・過失犯に共通の義務であるものの、その内容はどうやら、故意犯と過失犯とで異なるようである。そのような意識で改めて覚書の冒頭から読み返してみると、「故意犯・過失犯は、(客観的)構成要件該当性及び違法性の段階では基本的に同じ(しかし、全く同じというわけではなく、その相違について検討することに本稿の目的の一つがある)であり……」と書かれている(47頁)。やはり、故意犯と過失犯は、単に有責性が異なるだけではなく、不法の内容も異なるようである。そして、その相違は、結果回避義務の違いというかたちで現れるようである。

なぜ、故意不法と過失不法とは異なるのであろうか。結果回避義務の内容が、なぜ変わるのだろうか。この点を明らかにする必要があるだろう。

第一節 過失犯における結果回避義務

山口において、「結果回避義務」は、どのように定式化されるのだろうか。覚書よりも昔の論稿に遡りつつ、検討を加えたい。

第一款 結果回避義務論への転向

かつて、山口は、結果回避義務は作為義務と同一であると述べた²⁹⁾。しかし、覚書では、少々異なる記述がなされている（50頁以下参照）。曰く、故意犯においては、結果を惹起する行為に出ることが禁じられる。つまり、行為に出ることを控える義務がある。これに対し、過失犯においては、「法益侵害の危険を（法益侵害発生が通常ありえない程度にまで）減少させる（行為を行う）義務」があるにとどまり、行為に出ることを控える義務ではない。自動車運転行為を例に取れば、交通法規に従った適切な運転操作が求められるのであり、運転行為を差し控える義務ではないという。

このような論述をみて想起されるのは、トレーラー事件（BGHSt 11, 1）である。現に、山口のかつての議論においても、トレーラー事件が取り上げられている³⁰⁾。そこで、トレーラー事件を例に取って、結果回避義務を巡る議論を追ってみることにしよう。

トレーラー事件とは、「トレーラー運転手が自転車に乗っている被害者を75センチメートル開けて追い越したところ、被害者がよろめいてトレーラーに巻き込まれ死亡したが、事後的な鑑定の結果、被害者が高度に酩酊していたことが判明したため、たとえ追い越し幅を法定の1～1.5メートル開けていたとしても、彼は同じようにトレーラーに巻き込まれ死亡していた可能性が否定できない」という事案であった³¹⁾。つまり、被告人が行政法上の義務に適合する行為を行っていたとしても、なおも結果が発生するが、被告人が追い越し行為を控えれば、結果が発生しなかったという点が、ポイントである。

結果回避可能性とは、実際に行った行為に替えて、法の期待に適った行為を行えば、結果が発生しなかったといえるか否かを、問うものである³²⁾。問題は、何をもって「法の期待に適う行為」というかにある。この点が、伝統的に結果無価値論と行為無価値論の分水嶺であるとされてきた。行為無価値論は、

29) 山口厚「因果関係論」前掲注6)『刑法理論の現代的展開』49頁、問題探究161頁参照。

30) 山口・前掲注29) 49頁以下参照。

31) 小林・前掲注13) 5頁注3の訳を用いた。

社会的に承認された行動準則に従った行為＝結果回避義務に適合する行為こそが、法の期待に適う行為であると考え³³⁾。ゆえに、トレーラー事件においては、1～1.5メートルの幅を開けて追い越すことが法の期待に適う行為であり、その幅を開けて追い越しても結果が発生した以上、被害者の死傷については、不法が否定される。これに対し、結果無価値論においては、結果惹起をもって違法評価するのであるから、法の期待に適う行為とは、結果惹起しないこと＝追い越しを控えることである、と考えられてきた³⁴⁾。したがって、山口としては、被害者を死傷させたことにつき、行為者の罪責を否定するためには、有責性(予見可能性)を否定するほかなかった³⁵⁾。

しかし、覚書の主張は、明らかにこれとは異なる。行為に出ることを控える義務ではなく、危険減少措置を講ずれば足りると述べている以上、トレーラー事件においては、1～1.5メートルの幅を開けて追い越す行為を「法の期待する行為」として理解することになる。その結果として、トレーラー事件においては、不法が否定される。

第二款 その動機を探って

なぜ、このように立場を変える必要があったのだろうか。

32) Vgl. Sternberg-Lieben/Schuster, in: a. a. O. (Anm. 9), §15 Rn. 173ff.; Claus Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1972, S.174; 小林・前掲注13) 41頁。ここで、法の期待に適う行為を要求すべき理由は、右手で拳銃を撃って被害者を射殺した場合に、「右手で拳銃を撃たなかったとしても、左手で拳銃を撃って殺したであろうから、結果回避可能性がなく、殺人既遂罪は成立しない」という主張が通らないことを考えれば、明らかである。

33) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣・2008) 218頁以下, 210頁以下参照。

34) 山口・前掲注29) 49頁, 小林・前掲注13) 53頁以下参照。これに対し、「法の期待に適う行為」とは、「当該構成要件で処罰されない」ことであると解し、トレーラー事件においては1～1.5メートル開けて追い越すことと考える結果無価値論者も居る(町野朔『刑法総論講義案I〔第2版〕』〔信山社・1998〕159頁以下, 佐伯仁志「因果関係論」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線』〔岩波書店・2001〕5頁以下参照)。

35) 折衷の相当因果関係説を採用するならば、相当因果関係を否定するという途もある。しかし、客観的相当因果関係説に立っていた当時の山口においては(山口・前掲注29) 60頁, 総論初版56頁参照), 相当因果関係を否定することはできない。

一つの見方としては、最判平成15年1月24日判時1806号157頁（刑集不登載）の結論を支持するため、という見方がありうる。本判決は、左右の見通しが利かない交差点に進入するに当たり、何ら徐行することなく進行して徐行義務を怠り事故を起こしたものの、徐行義務を履行したとしても、結果回避することができたことの証明がないとして、（信頼の原則を適用せず³⁶⁾）無罪を言い渡している。この事件においては、結果回避義務をどのように設定するかが、鍵を握る。仮に、この事件における結果回避義務を一時停止義務であると捉えたら、一時停止すれば事故を回避できるため、結果回避義務違反（注意義務違反）が認められることになる。これに対し、本判決のように、結果回避義務を徐行義務であると捉えたら、徐行しても事故を回避できないため、結果回避義務違反（注意義務違反）が認められることになる。以上の山口の議論によれば、本件が故意犯の事案であれば、一時停止が結果回避義務の内容をなすのに対し、本件のように過失犯の事案であれば、徐行が結果回避義務の内容をなすことになる³⁷⁾。換言すれば、徐行義務を結果回避義務と捉えるという、従来の結果無価値論からは導きえない結論を主張するために、立場を改めたと推測することもできる。

違う見方も成り立ちうる。ここで、改めて覚書を冒頭から読み返してみよう。覚書における、従来の立場からの変更点は、トレーラー事件のような事例における結論だけではない。予見義務+結果回避義務としての注意義務に対し、覚書では、「判例実務や新過失論などの立場において示されている枠組みであるが、本来、旧過失論・新過失論の立場の相違とは無関係なものと解することが可能であり、新過失論との理論的關係・相違を意識しながら問題を検討するために有用だと思われる」と指摘している（48頁）³⁸⁾。問題探究においてなされていた、予見義務に対する「履行するとより重い責任を問われることとなる『義務』などというものはナンセンスであ」とか（162頁）、「『結果回避義務』は故意犯においても当然共通して要求されるもので、何も過失犯固有の問題で

36) 「匿名コメント」判時1806号158頁参照。

37) 新判例3版69頁参照。

38) 同旨の叙述として、新判例初版60頁以下参照。

はない」(163頁)という記述と、相当温度差がある。このような用語法に好意的になった理由は明らかではないが、予見義務+結果回避義務=注意義務という枠組みが、「判例における一般的な判断枠組み」³⁹⁾であることから、判例の枠組みに沿ったうえで、実効的な理論的提言を行うという意図があったのかもしれない⁴⁰⁾。その提言は、おそらく、危険減少という見地から結果回避義務を考えるべきであり、社会的行動準則という見地はなお敬遠すべきである、ということであろう(覚書52頁)。

もちろん、両方の動機があったとみることもできるが、考えられる動機は、おおよそこの2つに集約されよう。

第三款 改説の帰結

以上のような改説は、トレーラー事件や平成15年最判で不法を否定するという帰結を導くだけではない。以上のような枠組みを過失犯にのみ及ぼした結果として、故意犯における不法の判断と過失犯における不法の判断とが乖離する、という理論的帰結をも導いた。この点は、「過失犯の構成要件該当行為は故意犯のそれよりも危険性の点でより限定されていることになる」(覚書51頁)という記述に、端的に現れている。要するに、「故意さえあれば故意犯の実行行為とされる客観的行為でも、故意がないとき(たとえ結果の予見可能性があっても)、過失犯の実行行為にあたらないこと」⁴¹⁾を認めるということである。

故意犯と過失犯とは、法益侵害の認識・予見の有無によって区別される。したがって、法益侵害の認識・予見がない場合には、認識・予見がある場合よりも、高度な危険性が要求されることになる。要するに、行為者がたまたま法益侵害を認識していなかったというだけの理由で、不法が否定される場合が生じるということである。

39) 覚書49頁注5, 新判例初版60頁注2。

40) 平野・前掲注3)も参照。

41) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005)112頁参照。

第四款 このような解釈の根拠

では、なぜ過失犯の処罰範囲を限定すべきなのだろうか。山口は、「法益侵害惹起の目的（少なくとも、その故意）でなされる行為については、その自由を保障すべき利益を認めることができないが、法益侵害惹起とは別の目的でなされる行為については、当該処罰規定が禁止・処罰しようとはしていない目的が追求される限り、その自由保障は一定限度考慮されるべきで、低い程度の危険を理由として、行為の遂行自体を禁止することはできないからである」と述べており（覚書 52 頁）、同旨の指摘は、様々な箇所においてなされている（新判例初版 67 頁、総論 2 版 229 頁参照）。つまり、過失犯の方が、類型的に有用な行為が多いため、適法化の余地を広く認めるべきである、ということであろう。

第五款 小 括

以上の議論を整理しよう。

山口は、結果回避可能性判断に際し、故意犯とは異なり、過失犯においては危険減少措置を講ずれば結果回避義務を果たしたことになると考える。その帰結として、過失犯は故意犯よりも不法が否定されやすくなり、行為者の結果予見の有無によって、不法の有無が左右されることになる。その帰結を支えるのは、故意犯と異なり、過失犯は法益侵害とは別の目的を追求しているため、その自由をより保障すべきである、という点である。

では、このような解釈は果たして妥当だったのだろうか。次節で、検討をしたい。

第二節 山口過失犯論の問題点

第一款 過失行為の有用性

山口は、過失行為は故意行為とは異なり、法益侵害を目的としていない以上、その行動の自由をより保障すべきである、という点を根拠に掲げている。

しかし、この点については、林幹人の次の指摘を想起すべきであろう。『『実

質的で許されない危険をもつ行為』という基準は、過失犯のみならず、故意犯にも妥当する、刑法上のなすべきでない行為を確定する基準なのである。ただ、故意犯の場合、實際上、具体的有用性をまったくもっていないために、当然に許されないような危険な行為がその内容となることが多い。これに対して過失犯の場合には、他の法益を実現する傾向性をもっていることが事実上多いために、かなり高い程度の危険をもっている場合にまで、許されたものとせざるをえなくなる。そこに違いがあるだけであって、理論的には、故意犯の場合も過失犯の場合も、その実行行為は許されない程度に危険な行為を内容としているのである⁴²⁾。つまり、故意犯にせよ過失犯にせよ、行為の有用性と危険性とを較量したうえで適法性を判断すべきであり、それは、許された危険の有無という文脈で判断すれば足りるのではないだろうか。故意犯と過失犯とを質的に区別することは、不必要であるばかりか、問題を孕む恐れがあるように思われる。

第二款 結論の不当性

山口説の帰結は、行為者の主観により、不法性の有無が左右されるというものであった。もう少しこの点を正確にしよう。

たとえば、Vが大豆アレルギーであることは、一般人からは予見不可能であるが、Xはたまたまその情報を知っており、Vが参加する町内会で大豆を使ったお菓子を振舞い、Vはそれを食べて傷害を負ったとする。その場合、Xには傷害の故意が認められるため、Xの行為は違法かつ有責である。これに対し、YはVが大豆アレルギーであることを知らず、大豆を使ったお菓子を振舞った場合、Yの行為は過失行為である。仮にYが、何人かの知人に対し「大豆アレルギーの人とか居ないよね？」と尋ね、知人らが（普段付き合いのないVが大豆アレルギーであることを知らなかったため）「居なかったと思うよ。」と答えた場合、一定程度の危険減少措置も講じているため、結果回避義務違反がなく不法と評価されないことになる。つまり、行為者の認識次第で、不法と

42) 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会・2008）281頁。同旨の指摘として、小林憲太郎「過失犯の最近の動向について」刑事法ジャーナル 39号（2014）42頁参照。

評価されたりされなかったりする。特別知識 Sonderwissen と呼ばれる問題である。

ここでの問題は、行為者の認識次第で不法が左右されるという帰結を承認できるか、という点にある。行為者の認識次第で不法が左右されるということは、正当防衛（緊急救助）による対抗の可否や、加功者の共犯としての罪責の有無も、行為者の認識に応じて左右されることになる。

このような帰結を承認する論者も居る。曰く、刑法は行為規範であり、行為規範違反こそが不法の本質である。行為規範は、行為者の認識に応じて設定される以上、特別知識をも考慮することになる⁴³⁾。つまり、特別知識がある場合には、不法という評価がなされることになる。

しかし、行為者の認識に応じて不法性が左右されるという点こそが、目的的行为論の最大の特徴であると同時に、最大の問題でもある⁴⁴⁾。行為者の認識次第で、正当防衛（緊急救助）の可否が左右されるというのは、果たして妥当な帰結であろうか。結果無価値論は、これを是としない見解であった。客観的帰属論は、故意犯・過失犯に共通する客観的⁴⁵⁾構成要件を設ける＝過失犯において適法な行為は故意犯においても適法と解する見解であるから、結果無価値論と同様に、叙上の帰結を是としない見解である⁴⁶⁾。このような帰結の是非については、改めて考える必要があるのではないだろうか⁴⁷⁾。

第三節 狭隘路からの脱出

それでは、トレーラー事件や平成15年最判において、不法・有責性を否定するという結論を導くに際し、どのように考えるべきであろうか。

43) 井田良『犯罪論の現在と目的的行为論』（成文堂・1995）46頁〔初出：「過失犯と目的的行为論」法学研究（慶應義塾大学）61巻（1988）〕、同・前掲注41）23頁以下参照。

44) 小林憲太郎『刑法的帰責』（弘文堂・2007）8頁以下参照。

45) ここでいう「客観的」とは、「行為者の内心を離れた」という意味ではない。

46) ただし、過失犯と故意犯との間で、客観的帰属に差を設けようとする論者も居る（ベールント・シューネマン＝斉藤誠二〔訳〕「客観的な帰属をめぐる」刑法雑誌37巻3号〔1998〕298頁参照）。

たとえば、法令上要求されている安全基準をクリアしている自動車を作ったものの、その自動車により交通事故が起きたとする。この場合に、自動車を作ることにより、人が死傷していることは間違いない。では、自動車を作るとは、違法なのだろうか。おそらく、違法だとは考えないはずである。それは、たしかに、自動車を作ることによって人は死傷しているものの、そのリスクを上回る利益があるからである。このように、行為の利益と不利益とを比較し、前者が優越する場合には、行為遂行を許容し、たまたまその結果として重大な法益侵害が生じたとしても、違法性を阻却するのが、許された危険の法理である。

上述の「法の期待する行為」とは、単に結果を発生させない行為のみを指すのだろうか。実はその時点において、既に誤りがあったのではないか。結果無価値論において、「法益を侵害するものの、それを上回る利益を実現する行為」は、総合的にみれば法の期待に適う行為である。そうであれば、許された危険を生じさせるにとどまる行為は、事後的にみれば法益侵害を惹起する行為であったとしても、なおも「法の期待する行為」なのである。

47) 「法は不可能を強いない」という法諺を軸として、事前の行為者の認識に鑑み、回避措置が期待できない場合には、結果回避義務違反を否定して過失不法を否定する見解も、基本的には同じ方向を向いている(古川伸彦『刑事過失論序説』〔成文堂・2007〕196頁以下参照)。しかし、最終的な罪責自体には賛同できるとしても、不法を否定するという方途を用いる必然性はない(橋爪隆「過失犯の構造について」法教409号〔2014〕113頁参照)。語の意味は、刑法体系に即して定位される以上 (cf. *Norwood Russell Hanson*, *Patterns of Discovery: An Inquiry into the Conceptual Foundations of Science*, 1958, Chap.1 §III), 「法は不可能を強いない」という法諺は、有責性を否定することまでは含意しない。そして、批判者自身、かつては覚書に比較的親和的な議論をしていたものの(橋爪「過失犯(下)」法教276号〔2003〕44頁以下, 48頁注51参照)、後に山口のような議論に対し、行為者の特別知識如何にかかわらず有責性を否定すべきであると批判するに至っている(橋爪・前掲「過失犯の構造について」113頁以下参照)。以上の議論からも、特別知識を考慮して不法性を認める発想の不当性が、窺われる。

以上の山口の議論は、過失犯でのみ特別知識を考慮し、不法性を広く認める発想である。これに対し、故意犯においても特別知識を考慮すべきであると押し進めるのが、Roxinである(Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm.14), §11 Rn.56f.)。理論的には、故意犯・過失犯双方で特別知識を考慮するか、双方で考慮しないかの、いずれかが一貫している。前者で一貫させたのがRoxinであるが、行為者の認識次第で正当防衛の可否が決するというのは、やはり妥当でないと思われる。

では、何をもって、許された危険と評価できるのか。最終的にはケース・バイ・ケースということになるが、その利益衡量の際に参酌されるべき指針こそが、社会的行動準則である。その典型が、道路交通法規などの法令である。社会的行動準則を参酌しても、常に一義的に結論が導かれるわけではないが、闇雲に暗闇の中の跳躍⁴⁸⁾をするよりは、多少は確実な跳躍といえるはずである。また、その行動準則は、常に正しいとは限らないが、実践の中で積み上げられてきた暗黙知・経験知であるから、合理的＝社会的厚生を増大させるものである、という一応の根拠 *prima facie* を提供するだろう⁴⁹⁾。

山口は、かねてより、過失犯が「行政取締法規違反の結果的加重犯」と化すことを強く警戒しており（問題探究 158 頁参照）、覚書以後もその警戒を解いていない（総論 2 版 226 頁，3 版 244 頁参照）。たしかに、このような警戒心を抱くことにも、頷ける面はある。しかし、一応の根拠を提供するものとしては、考慮する余地があるのではないだろうか。

このように社会的行動準則を補助線とすることで、過失犯の多くの事例は、不法性を否定することができると思われる。もっとも、準則なり規則というものは、あくまでそれが念頭に置いている事例においてのみ妥当する、文脈依存的な概念である⁵⁰⁾。平成 15 年最判の事件は、対面信号機の表示を無視して交差点に暴走しながら突入するという、徐行義務という行動準則が念頭に置く事例群から外れている。ゆえに、徐行を法の期待する行為と捉え、結果回避可能性（不法性）を否定することはできない。一時停止が、法の期待する行為であると解することになろう。さもないければ、仮に被告人の同乗者が、被告人を蹴

48) cf. *Saul Kripke*, *Wittgenstein on Rules and Private Language: an Elementary Exposition*, 1982, p.11.

49) 井田良『変革の時代における理論刑法学』（慶應義塾大学出版会・2007）183 頁以下〔初出：「過失犯における『注意義務の標準』をめぐって」刑法雑誌 42 巻 3 号（2003）〕、小林憲太郎「過失犯の成立要件」『川端博先生古稀記念論文集 上巻』（成文堂・2014）369 頁以下参照。裏からいえば、非合理的な準則であったならば、生き残っていないだろう、ということである（大屋雄裕『法解釈の言語哲学 クリプキから根元的規約主義へ』〔勁草書房・2006〕143 頁以下参照）。

50) cf. *Richard Merbyn Hare*, *Moral Thinking: Its Levels, Method, and Point*, 1982, pp. 132-198.

飛ばし、急ブレーキをかけて停止させた場合、この暴行行為は緊急避難によってしか正当化できなくなってしまう。被告人の特別知識（この事案では交差点に突入しようとする被害者の存在の認識）の有無によって、正当防衛の成否が左右されるというのは、やはり妥当ではないように思われる⁵¹⁾。有責性、つまり予見可能性を否定する方が一貫しており、妥当なのではないだろうか⁵²⁾。

跋

以上で、結果無価値論からみた不作為と過失についての検討を終える。

2つの覚書を補助線として、不作為犯と過失犯の問題点が明らかになったと同時に、一筋の光明もまた見えてきたように思われる。冒頭でも述べたように、理論的分析というのは、今後の実務の羅針盤であることを目指すものか、立法的示唆を与えるものであるべきだろう。本稿は、前者を企図するものである。そして、その背景には、過失不作為犯の重要判例が相次いでいるという事情がある。その代表的判例は、明石歩道橋事故事件（第一次上告審は最決平成22年5月31日刑集64巻4号447頁、第二次上告審は最判平成26年7月22日刑集68巻6号775頁）、三菱自工ハブ脱落事件（最決平成24年2月8日刑集66巻4号200頁）、渋谷温泉施設爆発事故（最判平成28年5月25日刑集70巻5号117頁）である。そのいずれについても、「注意義務」という表現で一括りにされているものの、実質的にみれば、作為義務としての危険創出およびその実現、そして予見可能性が、認定されていると解される。重要なのは「注意義務」という表現形式が新過失論に親和的であるという点よりも、「注意義務」という語の意味内容であり、少なくとも本稿からすれば、その用語によって作為義務および予見可能性が認定されている限りは、適切に運用されていると評価すべきことになる。しかし、「注意義務」という表現が形骸化し、そのことばが独り歩きして恣意的に使われることは、避けねばならない。そうならぬように、羅針盤

51) もしかしたら、平成15年最判が刑集に搭載されていない実質的根拠も、このように一般化すると問題があるからかもしれない。

52) 小林・前掲注42)44頁、橋爪・前掲注47)「過失犯の構造について」113頁参照。

として、「注意義務」ということばの意味内容を、本稿で理論的に詳らかにしたつもりである。さらに具体的な判例の分析・検討については、改めて試みたい。

本稿は、理論的に重要な点について分析を試みたが、結果無価値論における理論的課題のすべてに取り組んだわけではない。たとえば、違法身分の連帯⁵³⁾や、未遂犯⁵⁴⁾の問題について検討できていない。また、本稿は、結果回避義務や作為義務といった用語を用い、“義務違反”という見地を一時的に支持したうえで分析を試みているものの、犯罪を義務違反として捉える発想には疑問を抱いている。

これらの問題についても、他日を期すことになる。

53) 重要な問題提起を行った文献としては、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2010）101頁以下〔初出：「公文書無形偽造の間接正犯について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第三卷』（成文堂・1998）〕がある。近時の研究として、簡潔には佐川友佳子「共犯論と身分犯の共犯一特に義務犯について」刑法雑誌 50 卷 1 号（2010）15 頁、詳論は同「身分犯における正犯と共犯（1）～（4・完）」立命館法学 313 号（2007）1 頁・317 号（2008）53 頁・319 号（2008）22 頁・320 号（2008）26 頁参照。

54) 近時の研究として、和田俊憲「未遂犯論」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（成文堂・2003）187 頁、小林憲太郎「実行の着手について」判時 2267 号（2015）3 頁参照。